

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号: 13020091150224

UDC \_\_\_\_\_

廈門大學

碩 士 學 位 論 文

# 论违约损害赔偿之计算方法——以违反买卖合同为例

An Analysis on Methods of Assessment of Damages for  
Breach of Contract——Exemplified by Breach of Contracts  
for Sales

蔡芳艺

指导教师姓名：徐国栋 教授

专 业 名 称：法 律 硕 士

论文提交日期：2012 年 4 月

论文答辩时间：2012 年

学位授予日期：2012 年

答辩委员会主席：\_\_\_\_\_

评 阅 人：\_\_\_\_\_

2012 年 月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为( )课题(组)的研究成果，获得( )课题(组)经费或实验室的资助，在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。)

声明人（签名）：

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（        ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于        年        月        日解密，解密后适用上述授权。

（        ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年        月        日

## 内容摘要

损害赔偿是民法的核心，关乎受损之公民的损害赔偿请求权能否籍法律之公正无私得以完满实现。在合同责任制度中，违约损害赔偿 responsibility 又是最常见、最重要的形式。在对违约方损害赔偿 responsibility 进行确认之后，如何具体确定损害赔偿额，既影响双方当事人的利益，又影响相关法律制度目的及其价值的实现。如何计算损害赔偿额早在罗马法时期已有一套相对详细的处理方式，经后世的不断更新完善现已在各国损害赔偿体系中各具风格。而我国对违约损害赔偿之计算方法至今无较为详细的立法规定及司法处理模式。因此本文拟从违约损害之角度出发，以买卖合同为例，对该情状下损害赔偿额的计算方法进行一番探讨研究。

本文除引言和结语外，共分为三章：

第一章从损害的构成因素出发，介绍对不同因素进行考虑的违约损害赔偿之计算方法及其存在依据，并从比较法的角度考察了目前法德、英美国家对违约损害赔偿之计算方法的取舍适用，以及中国在这一方面的现状。

第二章从历史角度出发，介绍罗马法上对违约损害赔偿之计算方法的类型化处理方式，为其在现代法上的适用找寻借鉴。

第三章提出对违约损害赔偿之计算方法的具体适用之建议，主要包括计算方法适用过程中的限制性规则，以及计算方法的类型化处理模式。

**关键词：**客观计算方法；主观计算方法；可预见性规则；减轻损害规则

## ABSTRACT

Damages, concerned with the perfect realization of the claims of damages by judicial justice, is the corn of the Civil law. And the liability of damages for default is the most common and important within the contract liability system. After the liability of damages for default has been confirmed, there is still a question about how to assess the amount of damages, which has a great impact on the parties' interests, and concerns the realization of the purpose and the value of relevant legal system. As early as in Roman law has existed a set of relatively detailed processing mode about the assessment of the amount of damages. With the continuous improvement by the later, this study has been reflecting their own styles in some countries' damages systems. However, until now there are not relatively detailed provisions of legislation and judicatory processing mode in China. Therefore, in the point of damages for default, taking contracts for sales as an example, the paper will conduct a research on the methods of assessment of damages.

In addition to the preface and the conclusion, the paper can be divided into three chapters:

The first chapter describes the methods of the assessment about of damages for default when considering different essential elements for losses. Then, in the perspective of comparative Law, it describes the status of the application of such methods in these countries including French and Germany, Britain and America, as well as China.

The second chapter describes the typological processing mode of the methods of assessment of damages for default in Roman law, which provides the reference for the application of such methods in modern law.

The third chapter describes the suggestion about the detailed application of the methods of assessment of damages for default, including the restrictive rules when the methods applied and the typological processing mode.

**Keywords:** objective assessment; subjective assessment; the rule of foreseeability; the rule of mitigation of damages

厦门大学  
博士学位论文  
摘要库

# 目 录

引言 .....	7
一、我国合同违约之损害赔偿的立法现状 .....	1
二、违约损害赔偿之计算方法的研究现状 .....	2
三、本文的研究目的 .....	2
<b>第一章 违约损害赔偿之计算方法概述 .....</b>	<b>3</b>
<b>第一节 损害的构成因素 .....</b>	<b>3</b>
一、损害的构成因素 .....	3
二、损害的分类 .....	4
<b>第二节 违约损害赔偿之计算方法 .....</b>	<b>7</b>
一、损害赔偿之计算方法——主、客观计算方法 .....	7
二、对计算方法的比较法考察 .....	9
<b>第二章 违约损害赔偿之计算方法的历史考察——罗马法上的相关片段 .....</b>	<b>15</b>
<b>第一节 罗马法上确定与不确定的程式诉讼 .....</b>	<b>15</b>
一、确定的程式诉讼 .....	15
二、不确定的程式诉讼 .....	16
<b>第二节 以非特定物为契约标的的违约情形 .....</b>	<b>17</b>
一、不交付情形——D.19,1,21,3 片段分析 .....	17
二、瑕疵履行情形——D.19,1,13pr 片段分析 .....	19
三、迟延交付情形 .....	20
<b>第三章 违约损害赔偿之计算方法的类型化研究——以买卖合同为例 .....</b>	<b>22</b>
<b>第一节 计算方法运用之两大限制规则 .....</b>	<b>22</b>

一、可预见性规则.....	22
二、减轻损害规则.....	24
第二节 计算方法之类型化研究.....	26
一、可替代物之违约场合.....	27
二、不可替代物之违约场合.....	30
结语.....	32
参考文献.....	33

厦门大学博士论文摘要库



# CONTENTS

<b>Preface</b> .....	<b>7</b>
Section 1    The Status of Legislation in the Field of Damages for Breach of Contract in China .....	1
Section 2    The Status of the Research on the Methods of Assessment of Damages for Breach of Contract .....	2
Section 3    The Research Purpose .....	2
<b>Chapter 1    The General Introduction of the Methods of Assessment                     of the Damages for Breach of Contract</b> .....	<b>3</b>
<b>Subchapter 1    The Essential Elements for Losses</b> .....	<b>3</b>
Section 1    The Essential Elements for Losses .....	3
Section 2    The Categories of Losses .....	4
<b>Subchapter 2    The Assessment of Damages for Breach of Contract</b> .....	<b>7</b>
Section 1    The Methods of Assessment of Damages for Breach of Contract: Objective Assessment and Subjective Assessment.....	7
Section 2    A Comparative Review of the Methods of Assessment .....	9
<b>Chapter 2    The Historical Review of the Methods of Assessment of                     Damages for Breach of Contract——Relevant Pieces of                     Roman Law</b> .....	<b>15</b>
<b>Subchapter 1    Defined Per Formulas and Undefined Per Formulas in Roman                     Law</b> .....	<b>15</b>
Section 1    Defined Per Formulas .....	15
Section 2    Undefined Per Formulas .....	16
<b>Subchapter 2    The Situation of Breach of Contract Whose Subject Matter is                     Uncertain</b> .....	<b>17</b>

Section 1	No Delivery——Analysis of Piece D.19,1,21,3 .....	17
Section 2	Defective Performance——Analysis of Piece D.19,1,13pr .....	19
Section 3	Delay in Delivery .....	20
<b>Chapter 3</b>	<b>The Typological Research on the Methods of Assessment of Damages for Breach of Contract——Taking Contracts for Sales as an Example .....</b>	<b>22</b>
<b>Subchapter 1</b>	<b>The Restrictive Rules of the Application of the Methods of Assessment .....</b>	<b>22</b>
Section 1	The Rule of Forseeability .....	22
Section 2	The Rule of Mitigation of Damage .....	24
<b>Subchapter 2</b>	<b>The Typological Research on the Methods of Assessment.....</b>	<b>26</b>
Section 1	The Situation of Breach of Contract Whose Subject Matter is Replaceable .....	27
Section 2	The Situation of Breach of Contract Whose Subject Matter is Irreplaceable .....	30
<b>Epilogue</b> .....		<b>32</b>
<b>Bibliography</b> .....		<b>33</b>

## 引言

### 一、我国合同违约之损害赔偿的立法现状

合同不仅是社会公民通过意思自治实现私人利益的基础手段，亦是市场经济中实现资源合理、优化配置的重要工具。这也是法律对合同行为进行指引性规定，对违法合同的行为进行惩戒性规定的重要原因。从法律逻辑结构上来讲，合同的履行是合同法的中心，违约责任制度的构建则是敦促合同双方当事人全面履行合同约定事项、实现合同目的的重要保障。违约责任制度的体系庞大，内容丰富，一方违约，可通过多种方式承担违约责任。而损害赔偿则被认为是民事责任中最重要、最常用和最有效的责任形式，适用范围最广，<sup>①</sup>可以说违约损害赔偿责任乃违约责任制度之中心。正因如此，不少中外学者对此问题饱含浓厚之兴趣，并呈现出各式各样的研究成果。但从中国的立法现状来看，我国对于违约损害赔偿制度的相关规定不免“笼统”之嫌。

就我国合同立法而言，目前违约损害赔偿的主要法律依据主要有两个，一个是《民法通则》第 112 条的规定：“当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失。”另一个是《合同法》第 113 条第 1 款规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”第 2 款规定：“经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”以及《合同法》第 119 条规定：“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。”《民法通则》的规定仅将违约损害的赔偿范围概括为——守约方因违约方违约所受到的损失，但这样的损失在实践当中实在是很难统一界定。相比《民法通则》，《合同法》的规定是个不小的进步，它用“违约可得利益”、“合理预见”以及“减损义务”这几个概念进一步

<sup>①</sup>梁慧星.民法[M].成都:四川人民出版社,1988.416.

界定了“违约所造成的损失”，使得违约损害赔偿的计算有了相对明确的方向。至此，我国并无进一步细化的司法解释对该问题进行更为明确的规定，这也导致了实践当中违约损害赔偿的计算仍然缺乏一套类型化的统一处理方式。

## 二、违约损害赔偿之计算方法的研究现状

违约损害赔偿之计算方法作为违约损害赔偿制度的一个重要研究课题，已有不少学者为之倾其精力。一般认为，损害赔偿的计算方法应根据损害的不同性质作出相应的选择。但在具体的实践操作过程当中，各国的制度选择确不尽相同。以德国为代表的大陆法系国家，崇尚主观的计算方法，因他们所遵循的损害赔偿制度为赔偿全部损害之制度；而以英国为代表的普通法系国家则多采客观的计算方法，这些国家的损害赔偿制度倾向于赔偿普通损害之制度。然而对于究竟是否应将损害构成之特殊因素考虑在内，国内多数学者从比较法的角度出发，阐述了不同的计算方法在不同法系的实际应用，最终得出一元论<sup>①</sup>或二元论<sup>②</sup>的结论，而多数学者支持二元论，即不要一律的以哪种方法为原则，另者为例外，而应具体地加以辨别。

## 三、本文的研究目的

虽然违约损害赔偿之计算方法已不是个新的课题，但是在我国，由于缺乏详细的法律规定、司法解释或理论根据，致使审判实践当中法官多回避对这一问题的正面解决，即使愿意正面处理，其自由裁量权得不到应有的限制，对于同类案件的裁判结果也因为法官的主观迥异而大相径庭，这难免影响司法公正。

因此本文不仅要从比较法的角度对违约损害赔偿之计算方法做出一个较为全面的阐述，亦会从历史的角度去考察罗马法时代的法学家们对这一问题的有效处理，尤其是在那个时代初见端倪的类型化处理模式，并以此为灵感来源，完善损害赔偿之计算方法的运用体系。笔者将主要以买卖合同为例，对合同标的物及违约情形进行有效区分，以此构建出违约损害赔偿之计算方法的类型化处理模式。

<sup>①</sup>王利明在其《违约责任论》一书中明确提出在计算方法上应以客观方法为主，以主观方法为辅，并为此阐述了三理由。可以说王利明的这一提法体现了其对计算方法一元论的支持。

<sup>②</sup>二元论为多数学者所提倡，如台湾学者曾世雄及大陆学者韩世远，他们都在各自的著作中表达了对二元论的支持。

## 第一章 违约损害赔偿之计算方法概述

### 第一节 损害的构成因素

#### 一、损害的构成因素

“损害赔偿的目的即在于填补受害人所遭受的损害，为此填补功能之目的，损害赔偿的计算应依损害的性质加以决定，而单一的一以贯之的计算方法并不存在。”<sup>①</sup>因此分析损害的构成因素成了分析损害赔偿之计算方法的首要前提。依据受害者不同而使得损害是否有所差别这一标准，损害的构成要素被区分为普通因素（客观因素）与特别因素（主观因素）。

##### （一）普通因素

如果合同违约情形中某一因素的存在不因受害者不同而造成违约损害的相异，则此种因素被称为普通因素。“故损害事故如非发生于现受害者而系发生于他人者，其损害之构成因素，与发生于现受害者者同。普通因素因而又可称谓客观因素。”<sup>②</sup>例如，某参赛选手已参与一歌唱比赛，因评委会内部受贿等黑幕事件而被剥夺出席演唱的资格，从而丧失获选机会。假设被剥夺出席者并非该参赛选手，而是其他报名参赛者，则他所受到的损害应是完全相同的。因此，剥夺该参赛选手出席演唱的资格为构成损害之普通因素，它并不因受害者的不同而相异。又如某房屋买卖双方因信赖资产评估专家对某一房产进行的估价结果而发生订立房屋买卖合同的行为，倘若该评估价格与实际价值有所偏离，那么无论买受人为何者，主张赔偿该差额之损失都应得到一致的结果。

##### （二）特别因素

特别因素，即指受不同受害者所处之特别环境影响而导致损害差异的因素。关于特别因素的类型，台湾学者曾世雄在其《损害赔偿法原理》一书中将其阐述为三类：第一类为受害者与第三人之间的关系，这是最常见的一类因素。例如在买卖合同中，出卖人违约不为给付，此时作为受害者的买受人恰好又与第三方

<sup>①</sup>韩世远.违约损害赔偿研究[M].北京:法律出版社,1998.423.

<sup>②</sup>曾世雄.损害赔偿法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2001.162.

就前买卖合同之标的物订立了一个次买卖合同，由于次买卖合同的订立，买受人因为出卖人违约所造成的损害必然扩大；而次买卖合同存在与否因买受人而不同，此即一项特别因素。第二类为受害者的经济状况或社会地位。因受害者经济能力之差别可能导致损害之差异，例如某运输船舶因碰撞而沉没，受害者因资力薄弱无法及时购买船只以继续进行运输业务，因而只能先租船，待日后资力充足时再买船。这其中的租船费用就是因为经济能力薄弱而扩大的损害。至于社会地位，可以如受害者的职业等。第三类为受害者智力水平或身体素质的差异，如个人的能力、智商、美丑或者是否患有严重疾病等特殊情况，这些都是导致损害差异的特别因素。<sup>①</sup>

### （三）区分特别因素与情感因素

特别因素是基于不同受害者之特殊环境导致损害差异的客观存在因素，而情感因素则是以受害者之个人情感出发来确定损害大小的因素，由此产生的损失可称为感情上利益之损失。这种由个人情感决定的损失更是因人而异，因为它体现了一种主观价值的形成过程。徐国栋教授在《民法哲学》第八章——价值论中写到：“主观价值论认为，价值是一种心理现象，它反映了‘产品与人的福利的关系’，<sup>②</sup>由于特定产品在不同环境中对不同的人提供的满足不同，因而价值是主观的和个人化的，取决于产品在特定情况下的效用和稀缺程度。<sup>③</sup>然而在赔偿法中，主观价值论的适用并不利于纠纷的解决，反而会引发更多的争论。因此，笔者认为，感情上利益之损失是不应纳入损害赔偿范围的，在区分损害构成之特别因素时务必将受害者之情感因素摒除。

## 二、损害的分类

### （一）客观损害、主观利益之损失以及感情上利益之损失

基于不同区分标准，学术界对损害的分类存有多种不同的见解，但对本文所述之计算方法有益者仅如下一种分类，即客观损害、主观利益以及感情上之利益。由普通因素所构成之损害称为客观损害，衡量客观损害时，受害者所处

<sup>①</sup>参见曾世雄.损害赔偿法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2001.163.

<sup>②</sup>鲁友章,李宗正主编.经济学说史(下册)[M].北京:人民出版社,1983.209.

<sup>③</sup>徐国栋.民法哲学[M].北京:中国法制出版社,2009.392.

之特别环境是不予考虑的，因此若同一损害事故发生于不同的受害者身上，则其所受到的损害大小并无差异。反之，衡量主观利益之损失时，则应将受害者所处之特别环境予以斟酌考虑，对不同受害者之于不同特别因素所造成的损害亦是不同的。一般而言，主观利益之损失通常要大于客观损害，小于客观损害则少见。至于感情上利益之损失亦如前文所述，它是受害者依其个人情感的对损失财产的估价，此种利益的产生并非由于受害者之特殊环境所致，而是由于其特殊情感因素所致。目前多数学者认为感情上之利益是不能获得赔偿的，因此在区分主观利益与感情上利益时应当要特别仔细，避免将感情上利益之损失纳入可赔偿之计算范围。

## （二）此分类的优点

此种分类方式不仅囊括了所有损害的情形，且各类项之间的区别明显，不易混淆，最重要的是该分类在损害赔偿之实践当中的适用较为方便，无需再次对损害进行分类。而除此之外的其他分类方式对违约损害赔偿的计算工作则多少存有不足之处。对此，笔者罗列以下几种分类方式的不足之处：

首先是按损害的表现形式进行分类的财产上损害与非财产上损害，这虽然是一个可以囊括所有损害的分类方式，但在违约责任当中对非财产上损害的赔偿本身就是一个极具争议性的话题，在否认非财产上损害具备可赔偿性的国家里，法官在计算损害赔偿额过程当中是不会采取该种分类的，它仅在探讨非财产上损害是否具备可赔偿性的学术争议中才有意义。

其次是大陆法上履行利益及信赖利益的损失，又称积极利益损失与消极利益损失。前者是指法律行为有效成立，债权人就其获得债务履行所存之利益，而履行利益之损失即为有效成立的法律行为的效力未获实现所生的损害。后者则指因信赖无效的法律行为为有效所受的损害。<sup>①</sup>与之相对应的英美法上的分类——期待利益损失与信赖利益损失。所谓期待利益，就是指假如当事人之间的合同能够完全履行的话，债权人应获得的全部利益，而一方的违约即将导致这种缔约时所拥有的期待被落空。<sup>②</sup>关于信赖利益，美国学者富勒从损害赔偿的主要目的出发，认为赔偿信赖利益的目的，是要使他恢复到与允诺做出前一样的

<sup>①</sup>参见史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.322.

<sup>②</sup>韩胜男.违约损害赔偿中的信赖利益和期待利益[J].法制与社会,2008,(3):59.

处境，在这种场合受保护的利益称为信赖利益。但即便如此，富勒仍坦言信赖利益迄今仍难有一个能被普遍接受的定义。<sup>①</sup>我国有学者对当今学界关于信赖利益之定义的学说<sup>②</sup>哪种更为合理进行过比较阐述，但其得出的结论中有一点便足以质疑这样的分类，他认为期待利益损害赔偿于特定场合与信赖利益损害赔偿是一体的，处于交融状态，难以截然划分，因为他所定义的信赖利益既包括财产利益也包括机会利益，而机会利益之损失往往可等同于期待利益之损失。<sup>③</sup>这样看来，期待利益与信赖利益实属包含关系，何以为类别关系？故笔者认为此种分类方式亦不值得采用。

最后是直接损害与间接损害，这种区分最早源于罗马法的规定，但如今之内涵已与当初相去甚远。且关于这两个概念的区别，历来又有两种不同的见解。一类是以因果关系为标准，认为直接损害即由违约行为直接引发的损害，无任何其他因素的介入，而间接损害则是由违约行为之外的其他因素的介入所引发的损害。法国民法典第 1151 条的规定似乎正是体现了这一标准，该条规定：“即使契约不履行是由于债务人欺诈所引起，对债务人发生的损失及其丧失的可得利益应给予的损害赔偿，仍然仅以因契约不履行而随即发生的直接结果为限。”<sup>④</sup>另一类是以损害之标的为标准，认为合同标的物之损害为直接损害，该标的物以外之损害为间接损害。可见直接损害与间接损害这两对概念之间的划分并没有一个清楚的界限，倘若以此为分类在实践当中加以运用，则不免给实务工作增添更多的繁琐因子，笔者认为不妥。

综上所述之，以客观损害、主观利益及感情上之利益为分类来计算损害赔偿额是较为明智的做法，因为此种分类为实务工作带来了简便，省去了繁琐，更为重要的是它全面囊括了现实中产生的各种损害。

<sup>①</sup>参见(美) L. L. 富勒,小威廉 R.帕杜.合同损害赔偿中的信赖利益[M].韩世远译,北京:中国法制出版社,2004.38.

<sup>②</sup>关于信赖利益的定义，目前理论界存在着以下三种主要学说：损失说、利益说及处境变更说。

<sup>③</sup>参见马新彦.信赖与信赖利益考[J].法律科学,2000,(3):82.

<sup>④</sup>罗结珍译.法国民法典（下册）[Z].北京:法律出版社,2005.883.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库